

Privola ispitanika kao temelj za obradu osobnih podataka

Gordana Muraja, magistra prava

Davanjem ili uskraćivanjem privole ispitanik ostvaruje kontrolu nad obradom svojih osobnih podataka. Privola je jedan od pravnih temelja za zakonitu obradu podataka no to ne znači da je sama privola uvijek siguran dokaz zakonite obrade podataka. Da bi privola bila valjana i da bi bila zakonita valja pažljivo odvagati sve okolnosti i ispuniti sve postavljene uvjete.

1. Izvori

Privola ispitanika jedan je od šest pravnih temelja za zakonitu obradu osobnih podataka utvrđenih člankom 6. Opće uredbe o zaštiti podataka¹, a na posredan ili neposredan način uređuju je i brojni drugi članci.

Osim same Uredbe, detaljnije o privoli i uvjetima koje privola treba ispunjavati svoja je stajališta krajem travnja 2018. godine izrazilo i savjetodavno tijelo poznato pod nazivom "Radna skupina iz članka 29.". U pitanju je Radna skupina osnovana na temelju članka 29. sada već nevažeće Direktive 95/46 o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom protoku takvih podataka (dalje u tekstu Direktiva), osnovana sa zadaćom praćenja primjene Direktive i davanja mišljenja o njenog primjeni. Iako su primjena Direktive i rad Radne skupine prestali s početkom primjene Opće uredbe o zaštiti podataka (dalje u tekstu Uredba) treba imati na umu da je Uredba stupila na snagu dvije godine prije početka primjene pa je Radna skupina davala mišljenja imajući u vidu i odredbe kojima je zaštita podataka uređena Uredbom, a mišljenja koja je objavila dostupna su na stranicama Europske komisije², nažalost samo na engleskom jeziku³. Kod pripreme ovog članka koristili smo Smjernice za privolu (dalje u tekstu: Smjernice) koje je Radna skupina utvrdila 28. studenog 2017. te ih revidirala i utvrdila u konačnom obliku 10. travnja 2018.

1 Uredba (EU) 2016/679 Europskog Parlamenta i vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), ECLI broj, Službeni list EU L 119/2, CELEX: 3A32016R0679

² http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1358

³ Agencija za zaštitu osobnih podataka u nekim je situacijama objavljivala prijevode mišljenja na hrvatskom jeziku no u trenutku pripreme ovog teksta na mrežnim stranicama AZOP nema prijevoda smjernica o privoli.

2. Što je privola

Uredba privolu izravno uređuje na više mjesta, a započinje zakonskom definicijom iz članka 4. čija točka 11. utvrđuje da *"„privola” ispitanika znači svako dobrovoljno, posebno, informirano i nedvosmisleno izražavanje želja ispitanika kojim on izjavom ili jasnom potvrdnom radnjom daje pristanak za obradu osobnih podataka koji se na njega odnose;"*.

3. Dobrovoljnost - sloboda volje

Jedan od najvažnijih elemenata privole svakako je dobrovoljnost, kako to uređuje i članak 7. Uredbe koji također utvrđuje da privola mora biti dobrovoljna te da izvršenje ugovora, uključujući pružanje usluge ne smije biti uvjetovano privolom za obradu osobnih podataka koja nije nužna za izvršenje tog ugovora. Slijedi da privola može biti prikladna osnova za obradu podataka samo ako ispitanik ima stvarnu mogućnost izbora i nije u strahu od negativnih posljedica koje mogu nastupiti ako je odbije dati. Ako ne postoji stvarna mogućnost izbora privola nije valjana podloga za obradu podataka.

Kod procjene slobode da iskaže svoju volju važno je obratiti pozornost i na odnos koji postoji između ispitanika i voditelja obrade. Primjerice, za odnos između radnika i poslodavca Radna skupina je u više svojih mišljenja isticala da u tom odnosu ne postoji ravnoteža moći jer radnik ovisi od poslodavca pa najčešće zapravo nema drugog izbora nego suglasiti se s prijedlogom poslodavca.

Radna skupina u Smjernicama ukazuje i na odnos između građana i tijela javne vlasti. Iako tijela javne vlasti zakonitu podlogu za obradu podataka u najvećem broju slučajeva nalaze u propisima, postoje situacije koje nisu uređene propisima pa i tijela javne vlasti mogu biti u situaciji da trebaju privolu ispitanika kako bi mogla obrađivati podatke te i u ovom odnosu treba voditi računa o tome da ispitanik ima stvarnu slobodu izbora.

4. Točno utvrđena svrha

Članak 6. Uredbe utvrđuje da je obrada zakonita samo ako je, i u onoj mjeri u kojoj je, ispunjen uvjet da je ispitanik dao privolu za obradu svojih osobnih podataka u jednu ili više posebnih svrha. Voditelj obrade može imati potrebu za obradom podataka za više različitih svrha ali ispitaniku mora omogućiti davanje privole za svaku svrhu posebno. Ako je voditelj obrade u

jedan zahtjev za privolu spojio više svrha, obrada nema zakonitu podlogu. Osim pitanja je li privola dana za točno utvrđenu svrhu u ovakvim se slučajevima postavlja i pitanje je li u okolnostima u kojima se privola traži za nekoliko svrha ispitanik uopće mogao izraziti svoju slobodnu volju, odnosno je li privolu dobrovoljno dao za sve nabrojane svrhe.

5. Nedvosmislenost

Ako je dana "u paketu" u kojem ispitanik prihvaća, primjerice, da će prihvaćanjem općih uvjeta poslovanja ili nastavkom korištenja web stranice ujedno dati pristanak za obradu svojih osobnih podataka privola nije nedvojbeno jer se ne radi o izričitoj i jasnoj potvrdnoj radnji koja se odnosi upravo na privolu za obradu osobnih podataka.

Također, za davanje privole ne mogu se koristiti kućice u kojima je već postavljena oznaka koja ukazuje da je ispitanik suglasan s obradom jer takav postupak dovodi u pitanje je li ispitanik zaista želio dati privolu ili je na to naveden ponuđenom konstrukcijom. U ovo područje spada i situacija koja od ispitanika zahtijeva poduzimanje aktivnosti da bi spriječio obradu podataka koju dobro poznaje svaki korisnik interneta, a koja nije imala zakonitu podlogu ni prije početka primjene Uredbe. U brojnim neželjenim porukama koje korisnik nije tražio prisutna je uputa koja od ispitanika traži aktivnost: želite li se odjaviti, pošaljite nam poruku.

6. Izričitost

Članak 7. Uredbe utvrđuje da zahtjev za privolu mora biti predložen na način da ga se može jasno razlučiti od drugih pitanja, što je povezano i s obvezom da ispitanik treba na izričito postavljen zahtjev dati izričitu privolu. Iz ovog članka slijedi da svrha obrade mora biti izričito iskazana, odnosno da ne smije biti izražena na općeniti način. U Smjernicama se kao primjeri za svrhe koje ne zadovoljavaju uvjet da su dovoljno određene navode formulacije "poboljšanje iskustva korisnika", "marketinške svrhe", "IT-sigurnosne svrhe" ili "buduća istraživanja".

Iako mnoge radnje koje ispitanik poduzima kod korištenja informacijsko komunikacijskih tehnologija navode na pomisao da se radi o jasnoj potvrdnoj radnji za izričito iskazanu svrhu, prema stajalištu Radne skupine to svojstvo se nekima ipak ne može pripisati. Primjerice, kod narudžbe proizvoda ili usluga putem interneta smatra se da je došlo do suglasnog očitovanja volje i da se kupac samim time što je naručio određeni proizvod iskazao svoju suglasnost s općim uvjetima poslovanja. Iako opći uvjeti poslovanja u pravilu sadrže mnoge odredbe i obrađuju različite situacije koje mogu nastati između kupca i ponuditelja, pa se neki od njih bave i obradom osobnih podataka, ne može se podrazumijevati da se narudžbom proizvoda

kupac suglasio i s obradom svojih osobnih podataka jer za obradu podataka nije dao izričitu privolu. Isto vrijedi i za utvrđenje da će se smatrati da se korisnik suglasio s obradom osobnih podataka nastavi li koristiti web stranicu. U oba navedena slučaja zapravo nema izričite suglasnosti za obradu osobnih podataka iako se oba oblika vrlo često koriste - no, prema stajalištu Radne skupine takva praksa nije u skladu s Uredbom. To je zato što ovakve formulacije sadrže logičku premisu da akcija kupca ima onaj sadržaj koji joj je dao ponuditelj, a da se kupac već samim time što je poduzeo određenu akciju s tim sadržajem suglasio. Zbog toga što ni u jednom od spomenutih primjera nije ispunjen uvjet da se ispitanik izričito izjasnio o obradi osobnih podataka, nisu ispunjeni uvjeti za zakonitu obradu podataka.

7. Dokazivost

Uvjete koje privola mora zadovoljavati da bi bila valjana uređuje članak 7. Uredbe, a koji u prvom stavku propisuje da voditelj obrade mora moći dokazati da je ispitanik dao privolu.

Iz spomenute zakonske definicije iz članka 4. točke 11. Uredbe slijedi da se privola može dati izjavom ili jasnom potvrdnom radnjom. Kad ispitanik privolu daje korištenjem informacijsko komunikacijske tehnologije radi se o davanju privole jasnom potvrdnom radnjom jer se od ispitanika najčešće traži da klikom na područje na ekranu iskaže svoj pristanak. Da bi postojala mogućnost dokazivanja očigledno je da informacijski sustav mora na neki način zabilježiti davanje privole i pohraniti ga radi čuvanja. S obzirom na posljedice koje može imati nemogućnost dokazivanja i s obzirom na to da IKT sustavi mogu biti programirani do najsitnijih detalja, poželjno je osigurati podatke koji na jednoznačan način određuju ispitanika te koji omogućavaju voditelju obrade da postojanje privole dokaže i dodatnim sredstvima, primjerice zapisom vremena u kojem je privola dana i eventualnim drugim podacima koji se u konkretnoj situaciji mogu zapisati.

Jasna potvrdna radnja mogu biti i druge aktivnosti koje ispitanik može poduzeti, primjerice ispunjavanje forme ili odavanje određenih podataka kao što je e-mail adresa. Međutim, upravo u situaciji u kojoj se za to koristi IKT tehnologija s time može nastati problem. Sama činjenica da voditelj obrade raspolaže određenim podatkom još ne dokazuje da se ispitanik suglasio s obradom. Upravo zbog toga postoje dvostupanjske potvrde koje osiguravaju više podataka, a koje se najčešće susreću kod pretplate na različite servise: ispitanik upisuje svoje podatke u formu, voditelj obrade šalje mu mail poruku u kojoj je link, a ispitanik otvaranjem tog linka jasnom potvrdnom radnjom još jednom potvrđuje da je suglasan s pretplatom. Koje god podatke

o jasnim potvrdnim radnjama voditelj obrade osigurao, podatke o njima mora pohraniti i čuvati kako bi ih mogao predložiti u slučaju nadzora.

Definicija privole uključuje davanje privole izjavom te ni u tom, a ni u drugim svojim odredbama sama Uredba ne traži neku određenu formu kojom se dokazuje postojanje privole. No kod svih usmenih očitovanja volje pitanje je kako dokazati postojanje privole? Teorijsko razmatranje kaže da je to moguće, recimo svjedocima. No kako posvjedočiti, primjerice, telefonskom razgovoru koji se vodi između dvije osobe? Nije nevažno ni to da je jedna od te dvije osobe zaposlenik voditelja obrade, na što možemo gledati iz dva kuta: s jedne strane, radi se o službenoj osobi koja bi se prema svim ispitanicima trebala odnositi na jednak način, a s druge strane se postavlja pitanje eventualnog sukoba interesa.

Radna skupina u Smjernicama izražava stajalište da usmeno danu privolu voditelj obrade treba snimiti. Međutim, Smjernice se nikako nisu osvrnule na "sitnicu" da je zvučno ili video snimanje koje će zabilježiti davanje privole posebna svrha za koju također treba osigurati privolu koja udovoljava svim uvjetima koje privola mora imati. Zbog svega navedenog kod osmišljavanja cijelog postupka treba pronaći kut koji će osigurati da je privola ispitanika zabilježena na način koji ne ostavlja mjesta sumnji.

8. Razumljivost

Članak 7. Uredbe između ostaloga utvrđuje da zahtjev za privolu mora biti izražen u razumljivom i lako dostupnom obliku uz upotrebu jasnog i jednostavnog jezika. Ovaj zahtjev nije moguće odvojiti od zahtjeva za transparentnošću kao jednog od temeljnih zahtjeva obrade jer transparentnosti podrazumijeva i jasnoću izraza kojima su ispitaniku priopćene informacije. Privolu, naime, nije moguće odvojiti od svih podataka koje voditelj obrade mora priopćiti ispitaniku u trenutku kad tu privolu od njega traži, pa je ispitaniku potrebno jasnim i jednostavnim jezikom priopćiti sve informacije koje propisuje članak 13. Uredbe, a koje su potrebne za informiranu privolu.

Iako Uredba nabranjanju informacija koje voditelj obrade treba pružiti ispitaniku posvećuje brojne članke pa bi nabranjanje svih zahtjeva prešlo granice prostora dostupnog za ovaj članak, Radna skupina u Smjernicama iznosi mišljenje da za informiranu privolu ispitanik mora dobiti najmanje podatke o identitetu voditelja obrade, svrsi obrade, vrsti obrađivanih podataka, pravu na povlačenje privole, o korištenju podataka za automatizirano donošenje odluke, uključujući i izradu profila te o riziku za podatke koji može nastati zbog (eventualne) nedovoljne zaštite podataka.

9. Povlačenje privole

Uz sve informacije koje ispitaniku voditelj obrade mora dati je i informacija da u svakom trenutku ima pravo povući privolu te da povlačenje ne utječe na zakonitost obrade na temelju privole prije njezina povlačenja. Povlačenje privole mora biti jednako jednostavno kao i njezino davanje, kako to propisuje i članak 7. Uredbe.

10. Privola djeteta

Uvjete koji se primjenjuju na privolu djeteta u odnosu na usluge informacijskog društva uređuje članak 8. Uredbe koji utvrđuje da je obrada osobnih podataka djeteta zakonita ako dijete ima najmanje 16 godina života, a za djecu mlađu od te dobi obrada je zakonita samo ako je privolu dao ili odobrio nositelj roditeljske odgovornosti nad djetetom. Uredba obvezuje voditelja obrade da u ovakvom slučaju uloži razumne napore u provjeru je li privolu dao ili odobrio nositelj roditeljske odgovornosti nad djetetom, uzimajući u obzir dostupnu tehnologiju.

Iako ovaj članak izričito govori samo o uslugama informacijskog društva, privola roditelja ili zakonskog zastupnika će trebati za sve situacije u kojima se obrađuju podatci djeteta, a da za to voditelj obrade nema podlogu u propisu ili ugovoru, primjerice objavljivanje fotografija djeteta na stranici vrtića ili škole.

11. Privola za obradu posebnih kategorija podataka

Opće pravilo izraženo u članku 9. Uredbe zabranjuje obradu posebnih kategorija osobnih podataka, a to su podatci koji otkrivaju rasno ili etničko podrijetlo, politička mišljenja, vjerska ili filozofska uvjerenja ili članstvo u sindikatu te genetski podatci, biometrijski podatci u svrhu jedinstvene identifikacije pojedinca, podatci koji se odnose na zdravlje ili podatci o spolnom životu ili seksualnoj orijentaciji pojedinca.

I navedeni se podatci mogu obrađivati ako je ispitanik dao izričitu privolu osim u slučaju da je zakonodavstvom pojedine države članice propisano da ispitanik ne može privolom ukinuti zabranu. Upravo takav slučaj uređuje članak 20. Zakona o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka⁴ koji utvrđuje da je zabranjena obrada genetskih podataka radi izračuna izgleda bolesti i drugih zdravstvenih aspekata ispitanika u okviru radnji za sklapanje ili izvršavanje ugovora o

⁴ Narodne novine, br. 42/2018.

životnom osiguranju i ugovora s klauzulama o doživljenju te da se zabrana u navedene svrhe ne može ukinuti privolom ispitanika.

12. Pravne posljedice nevaljane privole

Budući da Uredba propisuje da svaka obrada podataka mora biti zakonita tj. da mora imati podlogu u zakonu, a da privole kod čijeg pribavljanja voditelj obrade nije ispunio sve zahtjeve postavljene Uredbom nemaju zakonitu podlogu, slijedi da se u takvom slučaju podatci obrađuju bez valjane pravne podloge, odnosno da voditelj obrade može odgovarati za povredu obveza. Zbog visine zapriječenih kazni i mogućnosti da ispitanik zatraži naknadu štete za nezakonitu obradu podataka logičkim postavkama privole i svim detaljima pribavljanja privole od ispitanika potrebno je posvetiti punu pozornost.

Naime, članak 7. u stavku 4. Uredbe utvrđuje da se kod procjene dobrovoljnosti privole u najvećoj mogućoj mjeri uzima u obzir je li izvršenje ugovora, uključujući pružanje usluge, uvjetovano privolom za obradu osobnih podataka koja nije nužna za izvršenje tog ugovora.

Voditelj obrade mora već kod planiranja obrade procijeniti hoće li ispuniti sve zahtjeve za zakonitu privolu. No čak i ako se pridržava svih preporuka voditelj obrade može doći u nezavidnu situaciju. Uz sve ostale detalje, ključnim se pokazuje element slobodne volje. Voditelj može ispuniti sve uvjete kojima se u ovom tekstu bavimo i biti u uvjerenju da je ispunio sve uvjete koje Uredba pred njega postavlja te da je ispitaniku omogućio slobodno donošenje odluke, a da pri tome realno nema nikakvu mogućnost ispitati subjektivno stanje ispitanika. Ljudi se razlikuju po svojim stajalištima i mentalnim stanjima pa ono što će jedan označiti kao okolnosti u kojima nije bilo prisile, netko drugi može doživjeti upravo suprotno.